



## Acórdão 00930/2024-4 - Plenário

**Processos:** 01470/2024-2, 05092/2023-7

**Classificação:** Pedido de Reexame

**UG:** PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Interessado:** FERNANDO SYMCHA DE ARAUJO MARCAL VIEIRA, THAIS MAIA BRUSCHI MAGALHAES, EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES, ALESSANDRA SANTOS ALBANI, JACINTA MERIGUETE COSTA

**Recorrente:** Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

**Procuradores:** EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES

**PEDIDO DE REEXAME – CONHECER – NEGAR  
PROVIMENTO – DAR CIÊNCIA - ARQUIVAR**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

### **1. DO RELATÓRIO:**

Tratam os autos de **Pedido de Reexame** interposto pelo **Ministério Público Especial de Contas**, subscrito pelo Procurador de Contas Dr. Luciano Vieira, em face do **Acórdão TC 1095/2023-8 - Primeira Câmara**, prolatado no **Processo TC 5092/2023-7** (Fiscalização / Representação – Prefeitura Municipal de Guarapari), nos seguintes termos:

[...]

### **1. ACÓRDÃO TC-1095/2023:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. Determinar a notificação do Sr. Edson Figueiredo Magalhães, Prefeito Municipal, Sra. Alessandra Santos Albani, Secretária Municipal de Saúde, Sra. Jacinta Meriguete Costa, Controladora Geral, para a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados;

1.2. Extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Res.375/2023, c/c o artigo 177-A, § 3º, inciso II do RITCEES;

1.3. Arquivamento dos presentes autos, nos termos do inciso III, art. 330 do RITCEES;

1.4. Ciência da decisão a ser deliberada ao representante.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 24/11/2023 – 45ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

[...]

O Recorrente, em síntese, alega que “resta evidenciado que os chamados requisitos para processamento da denúncia e representação, risco, relevância, materialidade, oportunidade, gravidade, urgência e tendência, não apresentam sequer um critério seguro para sua aplicabilidade, de modo que fica ao livre arbítrio do julgador decidir diante do caso concreto pela conveniência ou não de exercer a fiscalização ou simplesmente, em prol da eficiência, extinguir o processo sem exame do mérito”.

Aduz o Recorrente, que “não há outra conclusão se não a imperiosa declaração de nulidade do v. Acórdão recorrido, de modo a determinar, em preliminar, o afastamento da aplicação do artigo 177-A do regimento interno, instituído pela Resolução TC n. 261/2013, negando-lhe exequibilidade, conforme arts. 176 da LC n. 621/2012, e

consequentemente, devolver o feito ao eminente Relator de origem para que determine a instrução do feito na forma legal e regimental”.

Por fim, o Recorrente, requer o seguinte:

(...)

a) o prosseguimento da instrução processual pela Unidade Técnica competente na forma legal e regimental; ou,

b) subsidiariamente, o sobrestamento do processo até decisão final a ser proferida na ADI 7.459 ES, possibilitando posterior instrução e análise de mérito.

Destaco que, por meio da **Decisão Monocrática 271/2024-4** (evento 08), conheci o presente recurso, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, e determinei a notificação das senhoras **Thais Maia Bruschi Magalhães**, Pregoeira, **Alessandra Santos Albani**, Secretária Municipal de Saúde, **Jacinta Meriguete Costa**, Controladora Geral e do senhor **Edson Figueiredo Magalhães**, Prefeito do Município de Guarapari, para, no prazo de 30 (trinta) dias, facultar-lhes a apresentação de suas contrarrazões, disponibilizando-lhes a peça recursal.

Na sequência, os agentes Thais Maia Bruschi Magalhães, Alessandra Santos Albani, Jacinta Meriguete Costa e Edson Figueiredo Magalhães apresentaram conjuntamente as contrarrazões (Defesa/Justificativa 00509/2024; Peça Complementar 12789/2024; Resposta de Comunicação 610/2024; Peça Complementar 12847/2020- eventos 21 à 24).

Instada a se manifestar, a Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, através da **Instrução Técnica de Recurso 00351/2024-1** (evento 28), opinou pelo conhecimento do recurso e no mérito, pelo **NÃO PROVIMENTO**.

O *Parquet* de Contas, por meio do **Parecer nº 3246/2024-4** (evento 31), da lavra do Procurador Dr. Luciano Vieira, se manifestou pelo provimento do recurso.

**É o relatório. Passo a fundamentar.**

## VOTO

### 2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

#### 2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Destaco que o presente recurso de **Pedido de Reexame**, interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, por intermédio do Procurador Dr. Luciano Vieira, em face do **Acórdão TC 1095/2023- Primeira Câmara**, é oriundo de representação constante do Processo TC nº 5092/2023, em apenso, proposta por Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira em face da Prefeitura de Guarapari, noticiando possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n. 113/2023, Processo Licitatório n. 12177/2023, que objetiva a *“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DE FROTA, MEDIANTE SISTEMA INFORMATIZADO E TECNOLOGIA DE PAGAMENTO POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO, VISANDO À MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DA FROTA DA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE DE GUARAPARI-ES, INCLUINDO O FORNECIMENTO DE PEÇAS, ACESSÓRIOS ORIGINAIS E SERVIÇOS, PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES ADMINISTRATIVAS DA SEMSA”*.

Assim, naqueles autos, o Colegiado da Primeira Câmara deste Egrégio Tribunal de Contas, nos termos do v. Acórdão TC nº 1095/2023-8, atacado, acompanhando o entendimento proferido pela área técnica, divergindo do parecer do Ministério Público de Contas assim deliberou, em síntese, pela notificação dos gestores para adoção de providencias, pela extinção do feito sem resolução de mérito com o consequente arquivamento.

Em suas razões recursais, o Recorrente pleiteia o provimento do v. Acórdão atacado, alegando o seguinte, *litteris*:

[...]

#### III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

O v. acórdão recorrido, não obstante preenchidos os requisitos de admissibilidade insculpidos no art. 94 da LC n. 621/2012, aplicáveis às representações oferecidas por qualquer licitante, contratado, pessoa física

ou jurídica por força do art. 101, parágrafo único, deu fim ao processo, sem a devida instrução e incursão de mérito, de modo a analisar a procedência ou improcedência da infração narrada na peça inicial, com base nas seguintes argumentações:

## II - FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de Representação proposta por Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira em face da Prefeitura de Guarapari, noticiando possíveis irregularidades no **Pregão Eletrônico n. 113/2023, Processo Licitatório n. 12177/2023**, que objetiva a *“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DE FROTA, MEDIANTE SISTEMA INFORMATIZADO E TECNOLOGIA DE PAGAMENTO POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO, VISANDO À MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA DA FROTA DA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE DE GUARAPARI-ES, INCLUINDO O FORNECIMENTO DE PEÇAS, ACESSÓRIOS ORIGINAIS E SERVIÇOS, PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES ADMINISTRATIVAS DA SEMSA”*.

A equipe técnica O NOF, na Manifestação Técnica 03460/2023-9, avaliou os critérios risco, relevância, materialidade, oportunidade, gravidade, urgência e tendência, manifestando-se pela extinção do feito, nos termos do art. 177-A, § 3º, inciso II, do RITCEES. Vê-se:

A Resolução n. 375/2023 foi regulamentada pela Decisão Plenária n. 011/2023, que definiu os critérios e pesos da análise da seletividade. A decisão estabelece que a análise da seletividade será feita em duas etapas:

- A apuração do índice RROMa, que calcula a pontuação dos critérios relevância, risco, oportunidade e materialidade; e
- A verificação da gravidade, urgência e tendência (com aplicação da matriz GUT).

Para tornar mais objetiva a apuração do índice RROMa, a decisão plenária estabelece quais são os indicadores capazes de mostrar a relevância, o risco, a oportunidade e a materialidade da informação:

### I - de risco:

- a) resultado da última apreciação das contas anuais do prefeito, se órgão ou entidade municipal, ou do último julgamento das contas anuais do ordenador de despesas, caso não seja municipal;
- b) faixa ou índice de avaliação do controle interno;
- c) faixa ou índice de transparência ativa;
- d) detecções em matriz de risco, formada por malhas eletrônicas e informações estratégicas;

- e) tempo decorrido desde a última auditoria de conformidade realizada pelo TCEES no município ou unidade gestora estadual;
- f) histórico de multa ou débito do gestor do objeto alvo da informação de irregularidade;
- g) relato de fraude ou corrupção na informação de irregularidade.

**II - de relevância:**

- a) porte da população atingida pela irregularidade informada;
- b) origem da informação;
- c) faixa de classificação no Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEGM), se município;
- d) Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M);
- e) quantidade de denúncias e representações contra a Administração municipal ou a Administração da unidade gestora estadual, em relação à média; e
- f) valor financeiro do dano informado ou identificado, se for o caso; ou
- g) área temática do objeto, com as pontuações previstas no Anexo IV, caso não haja dano informado ou identificado;

**III- de oportunidade:**

se o fato está em andamento ou ocorreu há menos de cinco anos;

**IV- de materialidade:**

- a) valor financeiro associado ao objeto; ou
- b) impacto orçamentário: razão entre o valor financeiro associado ao objeto e o orçamento do ente, se órgão ou entidade municipal, ou da unidade gestora, caso contrário

Após o somatório da pontuação de todos esses critérios, se verificado que a informação atingiu ao menos 50 (cinquenta) pontos (art. 4º da Decisão Plenária 011/2023), passa-se à análise da segunda fase de seletividade, consistente na apreciação da gravidade, urgência e tendência (matriz GUT).

Essa análise verifica os impactos da irregularidade narrada, o tempo necessário para que se assegure uma atuação eficaz, além da tendência de piora ao longo do tempo, caso não se adote uma ação de controle (art.5º da Decisão Plenária 011/2023).

Após essa verificação, considerar-se-á apta a ser selecionada a informação que atingir, no mínimo, 45 pontos na matriz GUT (art. 6º, da Decisão Plenária 011/2023).

No caso em análise, verificou-se que a informação atingiu a pontuação de 40,60 na matriz RROMA, conforme Análise de Seletividade nº 017/2023, sequer alcançando, portanto, a pontuação necessária para a avaliação na matriz GUT, o que demonstra o baixo grau de materialidade, relevância, risco e oportunidade, não justificando a seleção da matéria para a realização de ação de controle.

Diante desse resultado, o Regimento Interno desta Corte de Contas, orienta no sentido do não prosseguimento do feito (inciso I, §3º do art. 177-A), senão vejamos:

Art. 177-A. **Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para análise prévia de seletividade** do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, definidos em ato normativo, **como condição para a instrução preliminar ou de mérito**, a realização de fiscalização ou a inclusão em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo.

[...]

§ 2º-A **A remessa à unidade técnica para a análise prévia de seletividade, prevista no caput, ocorrerá antes da apreciação de medida cautelar**, exceto nos casos em que, por fundamentada urgência, o Relator entender que deva deferi-la ou indeferi-la anteriormente.

[...]

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

I- pelo **prosseguimento da instrução processual**, quando a análise prévia de seletividade revelar o atendimento dos critérios definidos no caput e for constatada a oportunidade da execução da ação de controle, **hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental**; ou

II- **pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para adoção de providências que entenderem cabíveis, quando a análise prévia de seletividade revelar o não atendimento dos critérios definidos no caput** ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, com **proposta de extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento**, dando-se ciência ao denunciante

Pois bem, embora o douto Ministério Público de Contas traga premissas importantes ao debate, como a constitucionalidade da nova redação dos dispositivos regimentais, a colegialidade deste Tribunal tem entendido pela aplicação deles, em sendo assim, acompanho o entendimento da equipe técnica que as irregularidades apontadas não oferecem um grau de relevância, risco, oportunidade e materialidade da informação, estando inclusive o edital suspenso no presente momento.

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acompanhando a equipe técnica e divergindo do Ministério Público de Contas**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

[...]

Consoante registrado no v. Acórdão “as irregularidades apontadas não oferecem um grau de relevância, risco, oportunidade e materialidade da informação, estando inclusive o edital suspenso no presente momento”.

Incorreu, no entanto, este julgamento em *crasso error in procedendo* e, como dito, em verdadeiro *non liquet*, vedado pelo art. 140 do Código de Processo Civil, aplicável ao processo de controle externo no âmbito deste egrégio Tribunal de Contas consoante art. 70 da LC n. 621/2012.

Nos termos do art. 1º da LC n. 621/2012:

[...] Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...] IX - fiscalizar procedimentos licitatórios, contratos, incluindo os de gestão, parcerias público-privadas, termos de parceria ou instrumentos congêneres, desestatizações, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações, autorizações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou dos Municípios, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;

[...] XIV - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, bem como na hipótese de despesa ilegítima ou antieconômica, as sanções previstas em lei;

[...] XXIII - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos termos do Regimento Interno;

[...] XXV – decidir sobre representação que lhe seja encaminhada, nos termos do Regimento Interno;

[...] XXXII – impor multas por infração a legislação contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial, a normas estatutárias correlatas, por inobservância de prazos legais ou regulamentares fixados pelo Tribunal de Contas e por descumprimento de suas decisões, bem como aplicar aos responsáveis outras penalidades administrativas previstas em lei.

[...] § 1º Na fiscalização e no julgamento de contas que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a razoabilidade e a proporcionalidade dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas.

A representação, definida no art. 99 deste estatuto legal como notícia encaminhada ao Tribunal de Contas por agentes públicos sobre a ocorrência



de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica, constitui uma face do direito à denúncia previsto no art. 74, § 2º, da Constituição Federal e art. 76, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Este último preceptivo constitucional dispõe que *“qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidade ou ilegalidade ao Tribunal de Contas do Estado”* e foi regulamentado pelos arts. 93 a 95 da LC n. 621/2012, *verbis*:

Art. 93. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato poderá denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas.

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

- I. - ser redigida com clareza;
- II. - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;
- III. - estar acompanhada de indício de prova;
- IV. - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;
- V. - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.

Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:

- I. - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;
- II. - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

Sob este aspecto, importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma estrutura piramidal ou escalonada, isto é, as normas jurídicas não possuem o mesmo valor jurídico, elas encontram-se dispostas dentro de uma hierarquia normativa, de modo que as normas de hierarquia superior restringem o campo de abrangência das normas de hierarquia inferior.

Assim, temos a Constituição no ápice do sistema jurídico, na posição de máxima hierarquia, o que legitima o controle de constitucionalidade e impõe óbice ao exercício do poder derivado.

Conforme já aludido acima, por tratar a representação de uma faceta da denúncia, a ela são aplicadas as normas relativas a esta, conforme dicção expressa dos arts. 99, § 2º, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012.

Desta forma, do que já fora exposto nesta peça recursal, é possível, sem qualquer hesitação hermenêutica, afirmar-se que o direito à denúncia/representação é garantido constitucionalmente, cujo exercício somente pode ser restringido por lei.

Deste modo, preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 94 da LC n. 621/2012, configura direito do denunciante/representante, é dizer, da própria sociedade democrática e republicana que constitui o Brasil, de ter os fatos devidamente apurados por esta Corte de Contas.

Assim, as expressões “*nos termos do Regimento Interno*” contidas *in fine* nos incisos XXIII e XXV do art. 1º da LC n. 621/2012 possuem significação única no sentido de conferir ao regimento interno deste Tribunal de Contas a possibilidade de regulamentar o rito para apreciação das denúncias e representações que lhes sejam apresentadas, jamais comprimir os requisitos legalmente estabelecidos para o seu uso.

Claramente ainda se extrai destes preceptivos legais que o regimento interno, como ato normativo regulamentar interno, não poderá, após o conhecimento da denúncia/representação, prever outras hipóteses de resolução processual, senão pela apreciação de mérito, após o término da instrução, julgando-a (a) improcedente, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade ou (b) procedente, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das

sanções previstas em lei, nos exatos modos definidos pelo art. 95 da LC n. 621/2012.

A resolução do processo de fiscalização de denúncia/representação sem resolução de mérito circunscreve-se, portanto, às hipóteses de não conhecimento (art. 94, §1º, da LC Estadual n. 621/2012) e, subsidiariamente, quando verificadas algumas das situações previstas no art. 485 do Código de Processo Civil (art. 70 da LC n. 621/2012).

No caso vertente, observa-se da Decisão Monocrática 01242/2023-1, do Processo TC05092/2023-7, o preenchimento dos requisitos de admissibilidade da denúncia/representação em razão do dispositivo legal que fundamenta sua decisão (art. 94 da LC n. 621/2012 e art. 184 do RITCEES), bem assim da Manifestação Técnica 03460/2023-9, do referido processo, a descrição, *prima facie*, das irregularidades apresentadas pelo denunciante, *verbis*:

[...]

Alega o Representante, em síntese, o que se segue:

- No tocante ao item “aquisição de pneus” (item 01), aduz o Representante que não há descrição detalhada de suas especificações técnicas, tampouco quantitativo estabelecido;

Em virtude das alegações acima relatadas, requereu a Representante o seguinte:

“Diante do exposto, requer-se:

- a) o recebimento da presente denúncia/representação, com base no artigo 113º, §1º e §2º da Lei nº 8.666/93, bem como nos artigos 91 e 92 do Regimento Interno deste Tribunal;
- b) a suspensão imediata do Processo Licitatório, tendo em vista a presença de perigo de dano irreparável e da verossimilhança das alegações apresentadas nesta peça, com a legislação específica acerca do tema;
- c) que seja determinada a retificação do Edital quanto aos itens apontados por este denunciante;
- d) por fim, requer, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal, que as decisões tomadas relativas ao presente pedido sejam informadas diretamente no e-mail: [marcalrepresentacao@gmail.com](mailto:marcalrepresentacao@gmail.com)

[...]

## **5. PONDERAÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE O OBJETO**

Como bem frisado pela Administração Pública, esta Corte de Contas já se posicionou sobre a possibilidade de FIXAR taxa máxima secundária, ou seja, a taxa de credenciamento imposta às empresas que desejarem contratar com o Poder Público por meio desta modalidade de quarterização, conforme Acórdão TC 1502/2022 (processo 2511/2022).

Contudo, cumpre destacar, salvo melhor juízo, que a discussão sobre **taxa de administração** restou compreendida nas instruções técnicas daquele processo (e não foi alvo de discussão no Acórdão em destaque) **que a fixação se referia à taxa máxima aceitável (0%)** e não de que seria proibida a oferta de taxas de administração negativas, ou de que seria possível, simplesmente fixar a taxa de credenciamento sem qualquer tipo de disputa em relação a esta.

Interpretação diferente culminaria, na prática, na aceitação de que o Poder Público realizasse compras diretamente no mercado sem que houvesse o devido procedimento licitatório (com todas as suas fases, inclusive o de orçamento estimado), resultando em compras que não considere o quantitativo adquirido (economia de escala), ou seja, comparando as grandes aquisições do Poder Público com as de uma Pessoa Física que adquire apenas uma unidade.

Estivéssemos falando em credenciamento, positivado no artigo 79 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/2021, teríamos as seguintes hipóteses:

- i. - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
- ii. - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;
- iii. - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Nas duas primeiras situações, a Administração Pública deverá definir o valor da contratação (artigo 79, parágrafo único, inciso III), o que claramente não foi o que ocorreu no caso concreto.

Também não resta caracterizada a hipótese do inciso III, do artigo 79, vez que o objeto contratado não se enquadra como mercado fluido.

Do jeito que está montada a estratégia de contratação da Prefeitura de Guarapari, conforme já relatado, verifica-se que não se está licitando peças/serviços automotivos, e sim, tão somente, um sistema eletrônico de gerenciamento de manutenção de frota.

Nesse modelo, via de regra, quando o Município precisar de peças/serviços automotivos, aciona o próprio sistema eletrônico, que disparará para a rede credenciada aviso de interesse de aquisição por parte do Ente Público.

A Administração Pública, então, contratará com aquele que oferecer o menor valor.

O problema é que o cenário ora narrado se enquadra em uma **DISPENSA DE LICITAÇÃO**. Se considerarmos que o orçamento da licitação (para

locação de sistema de gerenciamento de manutenção de frota) em tela, dá conta de contratações de peças/serviços automotivos que alcançarão um montante de quase R\$800.000,00, **resta claro que estaremos, em futuro próximo, em uma situação irregular de fracionamento de despesas.**

Para melhor exemplificar, temos situação análoga em procedimentos licitatórios que visem a locação de sistema eletrônico de gerenciamento de combustível para frota de veículos de determinado Ente Público.

Nesses procedimentos o critério “maior desconto” está vinculada, via de regra, aos parâmetros da tabela da Agência Nacional de Petróleo – ANP, e nesse cenário a quarteirização alcança um resultado mais vantajoso para a Administração Pública, vez que “loca” um sistema eletrônico de gerenciamento de consumo de combustível, ao mesmo tempo em que disputa taxas de administração (maior desconto da tabela da ANP) mais vantajosas.

Deste modo, a fundamentação adotada na manifestação técnica acima referida, acolhida no v. acórdão recorrido, a par de conspurcar os dispositivos legais supratranscritos, é contraditória em seus próprios termos, além de se criar uma situação absolutamente teratológica, pois se aponta uma possível violação à norma legal e até possíveis danos ao erário em razão de um suposto fracionamento irregular de despesas, ao mesmo tempo que se propõe que este Tribunal de Contas renuncie à própria competência que lhe foi constitucionalmente deferido em favor do próprio jurisdicionado, recomendando-se ao chefe do Poder Executivo, a Secretária Municipal de Saúde e a Controladora Geral *“a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados”*.

Ademais, o v. acórdão recorrido ao acompanhar os termos da manifestação técnica afirma que o edital está *“suspense no presente momento”*.

Consoante dito no Parecer do Ministério Público de Contas 05167/2023-6 rememorando o exposto na petição inicial consta do edital de licitação – pregão eletrônico n. 113/2023 – no tocante ao item aquisição de pneus ausência de descrição detalhada de suas especificações técnicas e quantitativo estabelecido, o que impossibilita quantificar os custos de cada serviço prestado e a verificação da compatibilidade com os preços de mercado.

Ressalta-se que o edital foi retificado em janeiro de 2024, contudo não houve alteração quanto aos fatos relatados pelo representante, bem como o aviso

de suspensão contido no sítio da Prefeitura de Guarapari datado em 22/01/2024 não se refere ao pregão eletrônico 113/2023, vejamos:

**SUSPENSÃO SINE DIE DO  
PREGÃO ELETRÔNICO Nº  
187/2023**  
O Município de Guarapari-ES,  
torna público o **SUSPENSÃO  
SINE DIE** da licitação para  
modalidade **PREGÃO  
ELETRÔNICO Nº 187/2023** -  
**PROCESSO ADMINISTRATIVO  
Nº 22.146/2023** - ID TCE/ES:  
2023.028E050002.02.0033, que  
tem como objeto o **REGISTRO  
DE PREÇO PARA A AQUISIÇÃO  
TIRAS REAGENTE E LANCETAS  
DE PUNÇÃO PARA AFERIÇÃO  
DE GLICOSE - SEMSA, PARA  
ADEQUAÇÕES NO EDITAL.**  
Guarapari/ES, 22 de janeiro de  
2024  
**RUTH ALVES PEREIRA  
RADAEL  
PREGOEIRA SUBSTITUTA**

Ainda, curioso notar que é justamente o fato de a infração, grave, ter sido praticada, pouco importando se demandará ou não o ressarcimento, que enseja a intervenção deste Tribunal de Contas, órgão constitucional e legalmente legitimado para (i) julgar em débito os responsáveis e aplicar multa proporcional ao dano e multa pecuniária pela prática de ato ou omissão com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e pelo ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário (arts. 134 e 135, incisos II e III, da LC n. 621/2012) ou (ii) aplicar multa pecuniária ao agente responsável pela prática de ato ou omissão com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012), em ambos os casos no exercício de sua função punitiva e pedagógica.

Muito além de um dever do Tribunal de Contas, é um direito constitucional de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, § 2º, CF), não somente denunciar a prática de irregularidades ou ilegalidades, mas também vê-las regularmente processadas e apreciadas pelo órgão de controle externo, independentemente de suas dificuldades estruturais ou da materialidade da infração.

A processualística dos Tribunais de Contas encontra-se fundamentado no interesse público, supremo e indisponível, inexistindo espaço para qualquer solução processual que impeça o livre exercício de sua função, sobretudo que implique a renúncia de competências.

Nesta toada, cabe destacar julgados do Tribunal de Contas da União que demonstram, com veemência, inexistir obstáculos à atuação do tribunal de

contas quando envolto no resguardo do interesse público, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, senão vejamos:

O fato de o processo ter se originado em razão de indícios de irregularidades apontados em denúncia anônima ou em documento sem comprovação de autenticidade quanto ao denunciante não representa óbice à atuação do TCU, tendo em vista a prerrogativa constitucional e legal de o Tribunal, por iniciativa própria, realizar fiscalizações. (Acórdão 1688/2020 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler).

O pedido de desistência de representação formulada ao TCU não obsta o prosseguimento do processo, que não tem seu andamento condicionado ao desejo do representante, em atenção ao princípio do impulso oficial (Acórdão 611/2020 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro).

A atuação do TCU não está adstrita às questões suscitadas por quem o provocou. O Tribunal, com base no princípio do impulso oficial, pode, por iniciativa própria, circunscrito às suas competências, ampliar o escopo de investigação dos fatos trazidos ao seu conhecimento (Acórdão 1660/2019 – Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues)

O pedido de desistência de representação formulada ao TCU não obsta o prosseguimento do processo quando forem verificadas questões de interesse público a serem tuteladas pelo Tribunal, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público (Acórdão 6873/2018 – Segunda Câmara, Rel. Augusto Nardes)

Requerimento de desistência de representação formulada pela empresa representante não obsta o prosseguimento do processo quando forem verificadas nos autos questões de interesse público a serem tuteladas pelo TCU, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público. (Acórdão 2443/2017 – Plenário, Rel. Aroldo Cedraz).

A tutela do interesse público alcança não só o gestor público, mas também o próprio Tribunal de Contas, órgão de controle externo, que diante da constatação de uma irregularidade grave detém competência exclusiva de aplicar a penalidade ao responsável.

Neste sentido, irreparável e merecedora de ser replicada ao caso concreto é a Decisão TC274/2019 deste egrégio Tribunal de Contas, exarada no Processo TC-02528/2008-3, *ipsis litteris*:

“não há possibilidade legal, no rito processual de um Tribunal de Contas, órgão de controle externo da administração, de uma irregularidade ser constatada, confirmada, materializada e não julgada, porque não há espaço para a vontade pessoal do julgador, à luz dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. As questões de ordem processual não podem ser postas acima de valores muito mais relevantes como o respeito à lei, à ordem democrática e aos princípios republicanos. Aplicar a lei e a Constituição é dever inafastável da Corte de Contas no desempenho de sua função de controle; e controle compreende orientação, fiscalização e punição. [...] qualquer solução processual que

impeça ao Tribunal de Contas o exercício de sua função indisponível [...] deve ser afastada e refutada, como inservível para a prestação que é devida por esta Corte à sociedade. Portanto, não há construção jurídica lógica se seu alicerce é outro interesse que não o público”.

Conforme dito, a criação de soluções antijurídicas que inviabilizam o resguardo do interesse público consubstancia clara hipótese de renúncia de competência, o que não é admissível no âmbito do ordenamento jurídico pátrio em obediência aos máximos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

No caso vertente, há relevante interesse público a ser assegurado, que impõe a intervenção desta Corte de Contas, qual seja, a lisura nas contratações celebradas pela municipalidade, bem como no emprego dos recursos públicos, que tem seu fundamento nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Rememore-se que a irregularidade disposta no processo faz referência à prática de infração consubstanciada na ausência de descrição detalhada das especificações técnicas dos pneus a serem adquiridos e na ausência de quantitativo estabelecido no edital, o que fere os princípios da isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, transparência, moralidade, economicidade, competitividade, previstos no art. 37, caput, da CF/1988, arts. 3º, caput, e § 1º, 6º, inciso IX, alínea “c”, 7º, § 5º, 15 da Lei n. 8.666/1993 e arts. 3º, inciso II, e 9º da Lei n. 10.520/2002.

É certo que o objeto tem que ser especificado no edital com todas as características imprescindíveis para a correta aquisição do produto, cuja falha impossibilita a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração e o direcionamento do certamente.

Não obstante, o v. acórdão foi proferido com violação ao devido processo legal, ao negar a regular instrução processual, mediante a citação dos responsáveis, pois conheceu da representação, é dizer, compreendeu atendidos os elementos legais mínimos e obrigatórios para o seu processamento.

Em relação aos argumentos adotados no v. acórdão recorrido para a resolução do processo sem exame de mérito, apenas pelo amor ao debate passa-se a rebatê-los, pois já exaustivamente demonstrados linhas acima que motivos jurídicos sobejam para sua reforma.



Quanto ao baixo risco, materialidade e relevância dos apontamentos e a observação da necessária racionalização administrativa e economia processual defende-se que deve ser sopesado o custo-benefício do prosseguimento da instrução processual, diante da limitação e escassez dos recursos de fiscalização.

Ledo engano, porque, conforme dito alhures, “negar a deflagração de procedimento de fiscalização, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, além de vilipendiar o direito e o dever de denúncia previsto no art. 74, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal constitui verdadeira negativa de jurisdição. Ademais, fomenta a impunidade, na medida que apenas o Tribunal de Contas possui competência legal para aplicação de penalidade pela violação às normas de direito administrativo e financeiro, conforme art. 1º, inciso XIV, da LC n. 621/2012”.

Deve-se observar, ainda, que o v. Acórdão determina a notificação do Prefeito de Guarapari e do seu órgão responsável pelo controle interno para adoção de providências que entenderam cabíveis em relação aos fatos narrados, olvidando-se, conforme ressaltado no Parecer do Ministério Público de Contas 05167/2023-6, do processo TC-05092/2023-7, da inocuidade desta proposição, pois mesmo que a administração chegue à conclusão de que houve violação à norma legal, nenhuma medida efetiva poderá ser adotada, pois não se trata de infração disciplinar, cabendo apenas ao Tribunal de Contas a competência punitiva neste caso.

Em suma, extrai-se do v. Acórdão objurgado a aplicação do art. 177-A, § 3º, inciso II, do RITCEES, abaixo transcrito:

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para análise prévia de seletividade do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, definidos em ato normativo, como condição para a instrução preliminar ou de mérito, a realização de fiscalização ou a inclusão em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo.

§ 1º Para o disposto neste artigo, considera-se:

- i. - risco: critério pelo qual se avalia a possibilidade de algo acontecer e ter impacto nos objetivos do órgão ou entidade jurisdicionada ou de programas ou atividades governamentais, frustrando as expectativas da sociedade, sendo medido em termos de consequências e probabilidades;

- ii. - relevância: critério pelo qual se avalia se o objeto de controle é atual, importante no âmbito do órgão ou entidade jurisdicionada e se envolve questões de interesse da sociedade, ainda que não seja material ou economicamente significativo;
- iii. - materialidade: critério pelo qual se avalia o valor associado ao objeto de controle de modo, indicando o volume de recursos envolvidos e assegurando que a ação de controle possa proporcionar benefícios significativos em termos financeiros;
- iv. – oportunidade: critério pelo qual se avalia se a ação de controle está sendo proposta no momento adequado, considerando a disponibilidade de recursos humanos, de dados e de sistemas de informações confiáveis, bem como de auditores com conhecimentos e habilidades específicas e a inexistência de impedimento para sua execução.
- v. - gravidade: impacto da situação tida por irregular ou ilegal sobre a sociedade, o órgão ou a entidade jurisdicionada e sobre os objetivos de sistemas, programas, projetos, atividades e processos governamentais e efeitos que provavelmente surgirão a longo prazo, caso ela não seja resolvida;
- vi. - urgência: relação com o tempo disponível ou necessário para resolução da situação tida por irregular ou ilegal;
- vii. - tendência: avaliação da provável trajetória de estabilização, crescimento, redução ou desaparecimento da situação tida por irregular ou ilegal ou de seus efeitos.

§ 2º A análise da materialidade dos fatos que envolvam pagamentos de prestação continuada será efetuada considerando o somatório dos eventuais dispêndios já ocorridos, acrescidos daqueles previstos para os próximos cinco anos ou até a data prevista para a cessação dos pagamentos, o que ocorrer primeiro.

§ 2º-A A remessa à unidade técnica para a análise prévia de seletividade, prevista no caput, ocorrerá antes da apreciação de medida cautelar, exceto nos casos em que, por fundamentada urgência, o Relator entender que deva deferi-la ou indeferi-la anteriormente. (Parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

§ 2º-B A análise prévia de seletividade será realizada no prazo de até dois dias. (Parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

§ 2º-C Na análise prévia de seletividade, serão sumariamente considerados de baixo risco, materialidade e gravidade os fatos noticiados que: (Parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

- i. - se refiram a objeto de controle cujo valor financeiro associado seja inferior ao valor de alçada previsto em ato normativo para a remessa de tomada de contas especial ao Tribunal; ou
- ii. - se refiram, preponderantemente, a indício de dano ao erário cujo valor seja inferior ao valor de alçada previsto em ato normativo para a remessa de tomada de contas especial ao Tribunal; (Inciso incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

§ 2º-D O exame de oportunidade da atuação direta do Tribunal avaliará se a ação corretiva do órgão ou entidade jurisdicionada, do órgão de controle interno ou de outros órgãos de controle externo é suficiente para dar adequado tratamento ao fato noticiado. (Parágrafo incluído pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

- i. - pelo prosseguimento da instrução processual, quando a análise prévia de seletividade revelar o atendimento dos critérios definidos no caput e for constatada a oportunidade da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental; ou (Redação dada pela Emenda Regimental nº 023, de 14.6.2023).
- ii. - pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para adoção de providências que entenderem cabíveis, quando a análise prévia de seletividade revelar o não atendimento dos critérios definidos no caput ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, com proposta de extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, dando-se ciência ao denunciante.

§ 4º Extinto o processo na forma do inciso II, os fatos denunciados serão inseridos em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo, subsidiando a elaboração do plano anual de controle externo.

Não obstante, a novel previsão regimental é absolutamente exorbitante da Constituição Federal e da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, uma vez que, indiretamente, encerra requisitos de admissibilidade e processamento da denúncia/representação não previstos em lei, além de carrear hipótese de renúncia de competência, o que se mostra inadmissível no ordenamento jurídico pátrio, por olvidar o resguardo do interesse público, que é preponderante e indisponível.

Ademais, resta evidenciado que os chamados requisitos para processamento da denúncia e representação, risco, relevância, materialidade, oportunidade, gravidade, urgência e tendência, não apresentam sequer um critério seguro para sua aplicabilidade, de modo que fica ao livre arbítrio do julgador decidir diante do caso concreto pela conveniência ou não de exercer a fiscalização ou simplesmente, em prol da eficiência, extinguir o processo sem exame do mérito.

Diante de tudo isso, não há outra conclusão se não a imperiosa declaração de nulidade do v. Acórdão recorrido, de modo a determinar, em preliminar, o afastamento da aplicação do artigo 177-A do regimento interno, instituído pela Resolução TC n. 261/2013, negando-lhe exequibilidade, conforme arts.

176 da LC n. 621/2012, e conseqüentemente, devolver o feito ao eminente Relator de origem para que determine a instrução do feito na forma legal e regimental.

#### **IV – DO PEDIDO**

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido para o fim de determinar a nulidade do **Acórdão TC01095/2023-8 – Primeira Câmara**, afastando, com fulcro no art. 176 da LC n. 621/2012, a aplicação do artigo 177-A do RITCEES e, conseqüentemente determinar:

- a) o prosseguimento da instrução processual pela Unidade Técnica competente na forma legal e regimental; ou,
- b) subsidiariamente, o sobrestamento do processo até decisão final a ser proferida na ADI 7.459 ES, possibilitando posterior instrução e análise de mérito.

Ultrapassada esta fase, passo à análise do mérito recursal.

#### **2.2. DO MÉRITO RECURSAL:**

Depreende-se dos autos que a discussão, gira em torno da aplicação do art. 177-A do RITCEES, referente à análise prévia de seletividade do objeto de controle (critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência) como condição para a instrução preliminar ou de mérito, a realização de fiscalização ou a inclusão em banco de dados a ser considerado no planejamento das futuras ações de controle externo.

Neste contexto, o recorrente traz uma série de questionamentos relacionados com as conseqüências da aplicação do aludido dispositivo regimental, tais como: *(i)* que o arquivamento da representação afetaria o “direito constitucional de qualquer cidadão (...) (art. 74, § 2º, CF), não somente denunciar a prática de irregularidades ou ilegalidades, mas também vê-las regularmente processadas e apreciadas pelo órgão de controle externo, independentemente de suas dificuldades estruturais ou da materialidade da infração; *(ii)* a novel previsão regimental [Resolução TCEES 375/2023] é absolutamente exorbitante da Constituição Federal e da Lei Orgânica

deste Tribunal de Contas, uma vez que, indiretamente, encerra requisitos de admissibilidade e processamento da denúncia/representação não previstos em lei, além de carrear hipótese de renúncia de competência”.

Assim, conclui o recorrente pelo a) o prosseguimento da instrução processual pela Unidade Técnica competente na forma legal e regimental; ou, b) subsidiariamente, o sobrestamento do processo até decisão final a ser proferida na ADI 7.459 ES, possibilitando posterior instrução e análise de mérito.

Da análise dos autos, verifico que a Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da **Instrução Técnica de Recurso nº 351/2024-1** assim opinou, *litteris*:

[...]

#### **5- ANÁLISE.**

Conforme se verifica, o mérito da Representação original (TC 5092/2023) trata de cláusulas restritivas no Pregão PMG 13/2023, para a contratação de prestação de serviço de gerenciamento de frota da Secretária de Saúde de Guarapari.

Como exposto, o MPC pleiteia no presente Pedido de Reexame: a) o prosseguimento do processo para a apuração da representação e b) o sobrestamento dos autos em razão da ADI 7459-ES, relativa ao art. 177-A do RITCEES.

Como exposto, a partir da Representação, a área técnica elaborou Análise de Seletividade 00019/2023-5 (com fundamento nos art. 177-A do RITCEES, Resolução TCEES 375/2023, Decisão Plenária 011/2023), cujo resultado, exposto na Manifestação Técnica 03460/2023-9, atingiu 40,6 pontos na matriz “risco, relevância, oportunidade e materialidade), não atingindo os 50 pontos mínimos (art. 4º da Decisão Plenária 011/2023) e os 45 pontos mínimos da matriz GUT (art. 6º, da Decisão Plenária 011/2023), concluindo pela “extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do inciso II, art. 6º, da Res. 375/2023, c/c o artigo 177-A, § 3º, inciso II do RITCEES”, conclusão mantida pelo Acórdão 1095/2023.

O MPC, como exposto, divergiu do *decisium*, tendo por fundamento “em crasso error *in procedendo* e, como dito, em verdadeiro non *liquet*, vedado pelo art. 140 do Código de Processo Civil, aplicável ao processo de controle externo no âmbito deste egrégio Tribunal de Contas consoante art. 70 da LC n. 621/2012”.

Para o Parquet, “por tratar a representação de uma faceta da denúncia, a ela são aplicadas as normas relativas a esta, conforme dicção expressa dos arts. 99, § 2º, e 101, parágrafo único, da LC n. 621/2012”. Como agravante, alega contradição da MT 3460/2023, pois:

(...) a fundamentação adotada na manifestação técnica acima referida, acolhida no v. acórdão recorrido, a par de conspurcar os dispositivos legais supratranscritos, **é contraditória em seus próprios termos**, além de se criar uma situação absolutamente teratológica, **pois se aponta uma possível violação à norma legal e até possíveis danos ao erário** em razão de um suposto fracionamento irregular de despesas, **ao mesmo tempo que se propõe que este Tribunal de Contas renuncie à própria competência que lhe foi constitucionalmente deferido** em favor do próprio jurisdicionado, recomendando-se ao chefe do Poder Executivo, a Secretária Municipal de Saúde e a Controladora Geral “a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação aos fatos representados”.

(...)

Ainda, curioso notar que é justamente o fato de a infração, **grave**, ter sido praticada, pouco importando se demandará ou não o ressarcimento, que enseja a intervenção deste Tribunal de Contas, órgão constitucional e legalmente legitimado para (i) julgar em débito os responsáveis e aplicar multa proporcional ao dano e multa pecuniária pela prática de ato ou omissão com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e pelo ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário (arts. 134 e 135, incisos II e III, da LC n. 621/2012) ou (ii) aplicar multa pecuniária ao agente responsável pela prática de ato ou omissão com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012), em ambos os casos no exercício de sua função punitiva e pedagógica.

Alega ainda, o MPC, que o arquivamento da representação afetaria o “direito constitucional de qualquer cidadão (...) (art. 74, § 2º, CF), não somente denunciar a prática de irregularidades ou ilegalidades, mas também vê-las

regularmente processadas e apreciadas pelo órgão de controle externo, independentemente de suas dificuldades estruturais ou da materialidade da infração”, trazendo como referência a Decisão TCEES 274/2019 (Processo TC-02528/2008-3):

(...)

“não há possibilidade legal, no rito processual de um Tribunal de Contas, órgão de controle externo da administração, de **uma irregularidade ser constatada, confirmada, materializada e não julgada**, porque não há espaço para a vontade pessoal do julgador, à luz dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. **As questões de ordem processual não podem ser postas acima de valores muito mais relevantes como o respeito à lei, à ordem democrática e aos princípios republicanos.** Aplicar a lei e a Constituição é dever inafastável da Corte de Contas no desempenho de sua função de controle; e controle compreende orientação, fiscalização e punição. [...] qualquer solução processual que impeça ao Tribunal de Contas o exercício de sua função indisponível [...] deve ser afastada e refutada, como inservível para a prestação que é devida por esta Corte à sociedade. Portanto, não há construção jurídica lógica se seu alicerce é outro interesse que não o público”.

Conforme dito, **a criação de soluções antijurídicas que inviabilizam o resguardo do interesse público consubstancia clara hipótese de renúncia de competência**, o que não é admissível no âmbito do ordenamento jurídico pátrio em obediência aos máximos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

No caso vertente, há relevante interesse público a ser assegurado, que impõe a intervenção desta Corte de Contas, qual seja, a lisura nas contratações celebradas pela municipalidade, bem como no emprego dos recursos públicos, que tem seu fundamento nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Por fim, argumenta que “a novel previsão regimental [Resolução TCEES 375/2023] é absolutamente exorbitante da Constituição Federal e da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, uma vez que, indiretamente, encerra requisitos de admissibilidade e processamento da denúncia/representação não previstos em lei, além de carrear hipótese de renúncia de competência”.

Por seu lado, as contrarrazões apresentadas não enfrentam os argumentos e pedidos do MPC no presente Pedido de Reexame quanto ao prosseguimento da instrução processual ou sobrestamento até decisão sobre a ADI 7.459 ES no STF, limitando-se a justificar as irregularidades apontadas na representação inicial.

O cerne dos questionamentos do MPC neste presente Pedido de Reexame é o denominado “critério de seletividade”, originário do art. 177-A do RITCEES (aprovado pela Resolução 261/2013, com alterações das Emendas Regimentais 11/2019, 16/2020 e 23/2023), regulamentado pela Resolução 375/2023 (regulamentada pela Decisão Plenária nº 011/2023), que estabeleceu critérios objetivos para análise das demandas externas de fiscalização, de forma a priorizar as ações de controle e o seu alinhamento à estratégia organizacional, com intuito de dar maior efetividade a atividade controladora.

Cabe destacar que a matéria não é pacífica nesta Corte, sendo presente, por exemplo, a posição do Conselheiro Carlos Ranna de Macedo e do próprio MPC que, de forma geral, têm estabelecido entendimento para que sejam sobrestados os processos os quais foram arquivados com base nas respectivas análises de seletividade.

Em seu Voto Vista 00011/2024-7 no TC 4930/2023, por exemplo, destacou ser evidente a **divergência** sobre o tema, “em razão dos diversos posicionamentos adotados tanto pelo órgão de instrução [MPC] quanto pelos nobres Conselheiros julgadores”, pois, em tese, as normas contestadas afastariam a jurisdição desta Corte, o que levou “a Procuradoria-Geral da República [a ajuizar a] ação direta de inconstitucionalidade de nº 7.459, com pedido de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, em face do art. 177-A do RITCEES”:

(...)

Nesse contexto, nos termos do art. 177-A do RITCEES (com redação alterada recentemente pela Emenda Regimental nº 23), os processos de denúncia e representações, **após análise de admissibilidade feita pelos Conselheiros Relatores**, seguem ao órgão de instrução, competente para análise prévia da seletividade:

(...)

E mais recentemente, esta Corte de Contas publicou a Resolução nº 375/2023 (regulamentada pela Decisão Plenária nº 011/2023), que dispõe sobre o Procedimento de Análise de Seletividade de informações de irregularidade destinado a priorizar as ações de controle externo.

Essa nova resolução estabeleceu critérios objetivos para análise das demandas externas de fiscalização, de forma a priorizar as ações de controle e o seu alinhamento à estratégia organizacional, com intuito de dar maior efetividade a atividade controladora.



Instituiu-se então o intitulado '**princípio da seletividade**', em que a Resolução 375/2023 definiu um procedimento de análise prévia dos critérios e pesos desses critérios da seletividade das informações recebidas pelos jurisdicionados.

(...)

Verifiquei que **se tornou recorrente na maioria dos processos de denúncia e/ou representação o opinamento do órgão de instrução pela extinção do feito sem resolução de mérito**, com conseqüente arquivamento, em razão do suposto não atendimento aos critérios da nova Resolução, como nos presentes autos.

Para regular tramitação, os autos são encaminhados em sequência ao Ministério Público de Contas que, por sua vez, tem emitido parecer no sentido de conhecimento e prosseguimento da demanda, com remessa dos autos para instrução na forma regimental e legal, sob os seguintes fundamentos:

- a) contesta a legalidade da aplicação do art. 177-A do RITCEES, notadamente porque promove indevida restrição ao direito subjetivo de denúncia constitucionalmente garantido aos cidadãos (violação ao direito de denúncia);
- b) representa afastamento das atribuições constitucionais desta Corte de Contas por meio de ato regimental (violação das hierarquias das normas);
- c) direito constitucional de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2, CF) ter o regular processamento e apreciação das irregularidades e ilegalidades denunciadas pelo órgão de controle externo;
- d) interesse público, supremo e indisponível, inexistindo espaço para qualquer solução processual que impeça o livre exercício da função dos Tribunais de Contas, sobretudo que implique renúncia de competências;
- e) negar a deflagração de procedimento de fiscalização, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, constitui verdadeira negativa de jurisdição, além de fomentar a impunidade;
- f) os chamados requisitos para processamento da denúncia e representação, risco, relevância, materialidade e oportunidade, não apresentam sequer um critério seguro para sua aplicabilidade, de modo que fica ao livre arbítrio do julgador decidir diante do caso concreto pela conveniência ou não de exercer a fiscalização ou simplesmente, em prol da eficiência, extinguir o processo em exame do mérito;
- g) a avaliação da unidade técnica quanto aos requisitos do grau de risco, materialidade e relevância da fiscalização é equivocada, mormente quando sopesados a complexidade da matéria, o elevado valor estimado da contratação, a extensão do objeto contratual e o caráter sensível do público-alvo dos serviços a serem contratados;
- h) a unidade técnica não fez o devido e necessário exame pormenorizado dos fundamentos que sustentam a ocorrência das irregularidades, o que obsta a emissão de qualquer juízo de valor acerca da relevância, da materialidade e da necessidade da realização da fiscalização;

i) o Tribunal de Contas tem, inexoravelmente, o dever de apurar e, constatada violação às normas de natureza contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial, haja ou não dano erário, punir qualquer agente ou particular, aplicando-lhes as sanções legalmente previstas.

Desta feita, compreende-se que a matéria em debate, acerca da aplicabilidade do art. 177-A do RITCEES, está **dissonante** no âmbito desta Corte de Contas, em razão dos diversos posicionamentos adotados tanto pelo órgão de instrução quanto pelos nobres Conselheiros julgadores.

Diante da **divergência** e repercussão que o caso demanda, principalmente na jurisdição prestada por esta Corte aos cidadãos, **a Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade de nº 7.459, com pedido de medida cautelar, perante o Supremo Tribunal Federal, em face do art. 177-A do RITCEES**, o qual dispõe sobre a análise prévia de seletividade do objeto de controle, pela unidade técnica competente, como condição para instrução preliminar ou de mérito, realização de fiscalização, ou inclusão em banco de dados para planejamento de ações futuras de controle externo de competência do TCE/ES.

Preliminarmente, defende que a norma questionada se reveste de abstração, generalidade e primariedade normativa suficientes para se qualificar como ato sujeito a controle concentrado, e que a análise de sua constitucionalidade prescinde da interpretação de norma infraconstitucional, o que, sob a ótica do postulante, legitima o exame de mérito da matéria posta em discussão.

No mérito, alega que as normas impugnadas “inovam indevidamente a disciplina da organização e da forma de fiscalização da corte de contas, **afastando-se do modelo federal de organização do TCU**, o qual [...] não estabelece disciplina alguma atinente a **controle prévio de seletividade** a denúncias cuja admissibilidade foi constatada pelo relator”.

Requer, ao final, a concessão de medida de cautelar, visando à suspensão do art. 177-A do Regimento Interno do TCE/ES, aprovado pela Resolução nº261/2013, com alterações das Emendas Regimentais nºs 11/2019, 16/2020 e 23/2023, e, no mérito, pugna pela declaração de inconstitucionalidade da norma.

(...)

Seguindo-se o trâmite, os autos encontram-se atualmente conclusos para manifestação do Ministro Relator, após deferimento do pedido de ingresso nos autos como *amicus curie* feito pelo Ministério Público Estadual.

**Com efeito, considerando que o objeto da ADI 7459 é justamente a inconstitucionalidade do art. 177-A do RITCEES e considerando a divergência dos membros desta Corte de Contas acerca da matéria, compreendo prudente o sobrestamento destes autos até ulterior decisão do Excelso STF.**

Por esta razão, observo a necessidade de evitar, na condução do processo, desperdício de trabalho e tempo, causadores de entraves no curso processual, o que restaria em inobservância aos Princípios Constitucionais da Celeridade e Duração Razoável do Processo:

(...)

Assim, neste caso específico, a fim de assegurar resultado satisfatório com o mínimo de emprego possível de atividades processuais, e entendendo importante a atuação uniforme desta Corte, visando a garantia da segurança jurídica, deixo de apreciar neste momento o mérito processual e, em observância aos princípios da celeridade, duração razoável do processo e economia processual, **entendo pelo sobrestamento do feito até posterior decisão do Excelso STF.**

Logo, não há como negar a controvérsia sobre a matéria, assim como a pertinência dos argumentos – tanto do MPC quanto do Conselheiro Carlos Ranna de Macedo – acerca da inadequação das normas internas desta Corte que implementaram o denominado critério de seleção para o processamento de representação e denúncia.

Neste sentido, de crucial relevância para o deslinde da presente controvérsia é a ADI 7459-ES, provocada pelo MPE, relativa ao art. 177-A do RITCEES.

Como informado, os autos no STF encontram-se atualmente conclusos para manifestação do Ministro Relator, de forma que, estando a matéria em debate na Corte Suprema, fica configurado algum risco de que a decisão final de provimento ao pedido do MPE e torne inconstitucional o art. 177-A do RITCEES, o que afetaria a própria legitimidade da Portaria 375/2023.

Desta forma, o sobrestamento deste e dos processos similares, até decisão definitiva do STF acerca da inconstitucionalidade do art. 177-A, conforme pleiteado pelo Parquet, parece ser a decisão mais razoável e diligente, necessária à racionalização administrativa e economia processual, com a mesma inteligência, *mutatis mutandis*, quanto aos inúmeros processos sobrestados nesta Corte, em tempos recentes, no aguardo no Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo Supremo Tribunal Federal (Temas 665, 897 e 899).

Cabe ressaltar, entretanto, que a recorrente jurisprudência desta Corte em casos similares é pela extinção do processo sem o julgamento do mérito – vide Acórdão 245/2024-P (TC 5983/2023), Acórdão 306/2024-P (TC 6998/2023), Acórdão 2016-2ª Câmara (TC 7144/2023), Acórdão 168/2024-P (TC 6057/2023), Acórdão 41/2024-P (TC 5643/2023), Acórdão 209/2024-1ª Câmara (TC 6355/2023), Acórdão 1065/2023-2ª Câmara (TC 4935/2023), Acórdão 205/2024-1ª Câmara (TC 4547/2023), Acórdão 165/2024-P (TC

6993/2023), Acórdão 208/2024-1ª Câmara (TC 5595/2023), Acórdão 1006/2023-P (TC 5584/2023), Acórdão 213/2023-2ª Câmara (TC 5670/2023), Acórdão 75/2024-P (TC 5673/2023), Acórdão 336/2024-2ª Câmara (TC 5947/2023).

Assim, considerando as razões apresentadas, em observância ao princípio da colegialidade, sem desconsiderar a posição diversa manifesta em outros julgados, e de modo a se evitar que decisões conflituosas concorram para a insegurança jurídica dos jurisdicionados desta Corte, concluímos por **não acolher** as razões trazidas pelo MPC no presente Pedido de Reexame.

## **6- CONCLUSÃO.**

Diante do exposto, opinamos pelo **CONHECIMENTO** do presente Pedido de Reexame, interposto pelo Ministério Público de Contas, e, no mérito, pelo **NÃO PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o Acórdão 1095/2023.

Pois bem.

A Resolução TC 261/2013 - Regimento Interno desta Corte de Contas trouxe uma nova condição de prosseguimento de denúncias e representações. Trata-se da avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, conforme previsão no artigo 177-A do mencionado Regimento.

Frisa-se que tal proceder não possui relação com a admissibilidade dos requisitos objetivos de tais processos, haja vista que, regimentalmente, esta análise é feita pela área técnica em momento posterior ao conhecimento da denúncia ou representação pelo Relator.

Para tal exame, então, devem ser analisados os seguintes fatores: risco, relevância, materialidade, oportunidade, gravidade, urgência e tendência.

Neste contexto, estamos diante de uma efetiva ponderação de critérios, haja vista que por mais que haja risco, esse pode ser relativizado frente aos critérios citados no parágrafo acima.

No caso concreto, a área técnica quando da análise da Representação constante no Processo TC 5092/2023 (Manifestação Técnica 1095/2023) realizou essa ponderação e verificou que a informação atingiu a pontuação de 40,60 na matriz RROMA, conforme Análise de Seletividade nº 017/2023, sequer alcançando, portanto, a pontuação necessária para a avaliação na matriz GUT, o que demonstra o baixo grau de materialidade, relevância, risco e oportunidade, não justificando a seleção da matéria para a realização de ação de controle. Assim, opinou pelo não prosseguimento da instrução processual, conforme previsto no §3º, incisos II, do artigo 177-A anteriormente referenciado, sendo esse posicionamento acompanhado pelo Colegiado da Primeira Câmara no Acórdão TC 1095/2023, ora recorrido.

Deve ser pontuado que o art. 177-A do RITCEES é um dispositivo legal que está válido e vigente, sendo aprovado pelos Conselheiros desta Corte de Contas, devendo, então, em respeito ao princípio da colegialidade, ser aplicado aos processos de denúncias e representações submetidos ao TCEES.

Adentrando no mérito da norma legal questionada pelo Ministério Público de Contas, penso que ela vai ao encontro de uma série de princípios constitucionais, como eficiência (*caput* do art. 37), duração razoável dos processos (inciso LXXVIII do art. 5º), razoabilidade e proporcionalidade (implícitos na Constituição).

Assim sendo, pelos elementos constantes dos autos e considerações acima esposadas, com a devida vênia dirijo do entendimento do Ministério Público de Contas, entendendo pela aplicabilidade do art. 177-A do RITCEES, de modo adotar como razão de decidir o entendimento da área técnica, conforme a Instrução Técnica de Recurso 351/2024.

### **3. DOS DISPOSITIVOS:**

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e divergindo do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**

**Conselheiro Relator**

## 1. ACÓRDÃO TC-930/2024:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

**1.1. CONHECER** do presente Pedido de Reexame, interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, em face do **Acórdão TC nº 01095/2023-8 - Primeira Câmara**, prolatado no **Processo TC 5092/2023-7**, relativo à Fiscalização/Representação, em apenso, ratificando os termos da Decisão Monocrática nº 271/2024-4, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade;

**1.2. NEGAR PROVIMENTO** ao presente recurso, **MANTENDO-SE** incólume os termos do v. **Acórdão TC nº 01095/2023 - Primeira Câmara**, atacado, conforme razões expendidas no item 2.2 do voto;

**1.3. DAR CIÊNCIA** aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os autos após o trânsito em julgado.

**2. Sem divergência**, absteve-se de votar, por suspeição, o conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

**3.** Data da Sessão: 15/8/2024 - 41ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Rodrigo Coelho do Carmo, e Davi Diniz de Carvalho.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

**Secretário-geral das Sessões**